

ano 22 – n. 88 | abril/junho – 2022

Belo Horizonte | p. 1-272 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v22i88

A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003). – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN impresso 1516-3210
ISSN digital 1984-4182

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira de Oliveira

Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

O caminho do acordo: um ensaio sobre os desafios da procedimentalização adequada do agir consensual da Administração Pública

The path to the agreement: an essay on the challenges of adequate proceduralization of the consensual action of Public Administration

Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho*

Faculdade de Direito de São Bernardo (Brasil)
alexandre@alexandrecunhafilho.com.br

Recebido/Received: 26.04.2022/April 26th, 2022

Aprovado/Approved: 02.06.2022/June 2nd, 2022

Resumo: No presente ensaio, tratamos do tema da consensualidade administrativa e sua compatibilidade com o princípio da legalidade. Após identificarmos na legislação brasileira fundamento expreso para a realização de acordos como ferramenta para o encerramento de disputas entre Administração e cidadão (art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), destacamos sua importância à vista de um agir estatal que se pautar pela eficiência e concretização dos direitos fundamentais. Finalmente abordamos vantagens e riscos do novo método de atuação defendido para o Estado, propondo, como contramedida aos seus potenciais efeitos negativos, a valorização do processo decisório estatal, que deve redundar em uma decisão suficientemente motivada e que sirva

Como citar este artigo/*How to cite this article:* CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. O caminho do acordo: um ensaio sobre os desafios da procedimentalização adequada do agir consensual da Administração Pública. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 22, n. 88, p. 159-175, abr./jun. 2022. DOI: 10.21056/aec.v22i88.1612.

* Professor da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo – FDSBC (São Bernardo do Campo, São Paulo, Brasil) da Escola Paulista da Magistratura. Doutor e mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Pesquisador vinculado ao CEDAU. Juiz de Direito em São Paulo. *E-mail:* alexandre@alexandrecunhafilho.com.br.

de parâmetro para o agir administrativo futuro. Para o desenvolvimento do estudo nos valem de revisão bibliográfica e do método hipotético-dedutivo.

Palavras-chave: Consensualidade. Legalidade. Processo. Motivação. Precedente.

Abstract: In the present essay, we deal with the issue of administrative consensuality and its compatibility with the rule of law. After identifying in Brazilian legislation the express basis for agreements as a tool for the settlement of disputes between Administration and citizens (*art. 26 of Decreto-Lei nº 4.657/1942*), we highlight its importance for the ideal of an Administration that is guided by efficiency and realization of fundamental rights. Finally, we approach the advantages and risks of the new method of action defended for the State, proposing, as a countermeasure to its potential negative effects, the valorization of the public decision-making process, which must result in a sufficiently motivated decision that serves as a parameter for future administrative action. For the development of the study, we used a bibliographic review and the hypothetical-deductive method.

Keywords: Consensus. Legality. Process. Motivation. Precedent.

Sumário: 1 Introdução – 2 Acordo e princípio da legalidade – 3 Consensualidade na Administração – 4 Controle da Administração: da lei ao processo – 5 Conclusão – Referências

1 Introdução

A Administração Pública, leia-se “servidores que tomam decisões imputadas ao Estado”, pode celebrar acordos com os particulares? Ou, dito de outra forma, as pessoas que exercem função na burocracia estatal podem, em nome da pessoa jurídica a que estão vinculadas, transacionar com o cidadão?

A pergunta formulada, apesar de singela, ainda gera bastante debate em meios acadêmicos, talvez como resquício de uma visão tradicional cultivada entre nós acerca do Direito Administrativo, que, assentado sobre determinadas bases,¹ relutou mesmo em aceitar que o instituto do contrato pudesse ser aplicado no âmbito das relações entre Estado e os seus súditos.²

Como o Estado persegue (ou deveria perseguir) a realização do interesse público, e este teoricamente estaria plasmado na lei que rege o exercício de suas funções, sendo, ademais, indisponível quando em contraste com pretensões

¹ Embora a matéria seja controversa na doutrina, há autores que identificam elementos autoritários na origem do Direito Administrativo de matriz francesa, que nas suas primeiras sistematizações esteve centrado na figura do governante, mais preocupado em viabilizar o exercício do poder do que nos efeitos que este gera sob a perspectiva do cidadão. Tal vício, segundo essa linha de pensamento, ainda repercute na leitura de muitos institutos da área do Direito Público, como ato administrativo e contrato, além de influenciarem na compreensão de noções como “interesse público” e “discricionariedade”. Sobre o ponto, ver SCHIRATO, Vitor Rhein. Repensando a pertinência dos atributos do ato administrativo. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor R. (coord.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 115-144. p. 116 e ss.; BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 27 e ss.

² Num estudo aprofundado sobre o tema, Fernando Dias Menezes de Almeida esclarece que: na primeira metade do século XIX, aceitava-se com naturalidade a ideia de que o Estado celebrasse contratos, o que, com o passar do tempo, passou a ser objeto de polêmica doutrinária (*Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 119 e ss., p. 151 e ss.).

egoísticas dos destinatários do Poder, desenvolveu-se em nosso sistema jurídico uma compreensão segundo a qual o acordo, na prática, não poderia ser fonte do Direito a obrigar a toda poderosa Administração ao que quer que seja.³

Os tempos mudaram.

Hoje, até em razão de sucessivas alterações legislativas,⁴ poucos defendem a impossibilidade de pactos vincularem a Fazenda em prol do indivíduo, sendo que cada vez mais se investiga em que medida aquela pode ser demandada por este não só pelo que expressamente prometeu como por expectativas frustradas à luz de deveres decorrentes dos ditames da boa-fé.⁵

Quanto aos acordos em si, depois de respondermos o “se” estes são viáveis, vem a hora de nos perguntarmos sobre o “como” deve se dar sua celebração.

Sobre essa preocupação vamos nos debruçar nas páginas que seguem, não sem, contudo, discorrermos um pouco acerca dos impasses enfrentados até aqui para a aceitação, ainda que com ressalvas, da ideia do *pacta sunt servanda* como limite à vontade do gestor de plantão.

Para o nosso objetivo, nos valeremos de pesquisa bibliográfica, seguida de análise crítica dos argumentos apresentados pela doutrina nacional e estrangeira acerca da matéria investigada. O método utilizado para a sistematização proposta é o hipotético-dedutivo.

2 Acordo e princípio da legalidade

“Enquanto o particular pode fazer tudo o que não é proibido pela lei, a Administração só pode fazer o que a lei determina”.⁶

³ O que pressuporia a adesão da Administração ao postulado do *pacta sunt servanda* nas relações que trava com particulares, aspecto que será objeto de nossa atenção, a seguir.

⁴ Dentre as quais destacamos o Código de Processo Civil de 2015, a Lei de Mediação no Poder Público (Lei nº 13.140/2015) e o art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Sobre o ponto, ver MEGNA, Bruno Lopes. O ‘compromisso’ para prevenir ou regular a compensação a irregularidades: um ‘negócio jurídico administrativo – processual’. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.). *Lei de introdução às normas do direito brasileiro*: anotada. São Paulo: Quartier Latin, 2019. v. II. p. 380-388.

⁵ Sobre a tutela da confiança no Direito Público, ver SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito de a administração pública anular seus próprios atos administrativos. O prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da união (lei nº 9.784/1999). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 237, p. 271-315, jul./set. 2004; RUBINSTEIN, Flávio. *Boa-fé objetiva no direito financeiro e tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

⁶ Por todos, confira-se: “Na Administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei, para o particular, significa ‘pode fazer assim’; para o administrador público significa ‘deve fazer assim’” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1983. p. 60).

Difícil encontrar manual de Direito Administrativo que não contenha uma formulação em termos análogos para apresentar o significado do princípio da legalidade para a Administração, que usualmente é designado como *legalidade estrita*.

Apesar de insuficiente para explicar como se dá no dia a dia a vinculação do servidor ao quanto lhe é prescrito pela lei parlamentar,⁷ tal assertiva encontra enorme ressonância nas repartições públicas país afora, e, nada obstante ser revestida de boas intenções (frear o arbítrio no exercício do Poder), tem um nítido efeito paralisante: se não há lei expressa habilitante, o gestor tende a nada fazer quanto à adoção de medidas consideradas necessárias ou convenientes à vista de determinadas circunstâncias fáticas.

Em outras, o resultado dessa compreensão pode ser ainda mais pernicioso sob a perspectiva de uma burocracia que se pretenda racional e eficiente.

Mesmo vislumbrando que percorrer cegamente o caminho traçado pela lei como resposta a um dado problema conduzirá a um resultado péssimo no mundo fenomênico, esse normalmente será trilhado pelo preposto estatal.

*Dura lex, sed lex.*⁸ Se não se faz melhor, a culpa é do legislador, restando ao aplicador da lei funcionar como *longa manus* das escolhas realizadas *ex ante* pelos representantes do povo,⁹ ¹⁰ isso em conformidade com o adágio que ensina que “administrar é aplicar a lei de ofício”,¹¹ como se o servidor público pudesse se desincumbir da miríade de afazeres a seu encargo através de singelos raciocínios silogísticos, a famosa técnica da “subsunção”.¹²

Como se sobre nós pairasse um universo de normas prontas para incidirem mecanicamente sobre os fatos sociais, o trabalho do intérprete se resumiria a, de forma neutra e acrítica, encontrá-las e pô-las em prática.

⁷ GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1993. v. 1. p. 87-89; CASSESE, Sabino. *Le basi del diritto amministrativo*. 5. ed. Milano: Garzanti, 1989/1998. p. 429 e ss., 432 e ss.; OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 152 e ss.

⁸ “É dura a lei, mas é lei”, na tradução de RODRIGUES, Dirceu. *Brocardos jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1941. p. 107.

⁹ Sobre o papel central da lei parlamentar no modelo clássico de separação de poderes defendido para o Estado com inspiração na doutrina de Montesquieu, ver FERREIRA FILHO, Manoel G. Poder judiciário na constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 198, p. 1-17, out./dez. 1994. p. 2.

¹⁰ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do “desvio de poder” em direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 6, p. 41-78, 1946 (1 parte). p. 51-53; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 85-86; OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 62 e ss.

¹¹ FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 7. ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 3 e ss.

¹² FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 315 e ss.; ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica: pensamento formal e argumentação: elementos para o discurso jurídico*. Bauru: Edipro, 2000. p. 264 e ss.

Resta saber se esse cenário, em que a lei, racional, onipotente e onisciente,¹³ seria para a Administração como o sangue que corre nas veias dos seres humanos, é compatível com a realidade, e, em especial no que concerne ao objeto do presente estudo, com a aspiração de uma atuação administrativa que, pautada pela eficiência e respeito ao cidadão, busque, sempre que possível, a realização do interesse público pela via dialogada e contratual.

2.1 Realidade em foco – construção da norma a partir da lei e circunstâncias que influenciam na aptidão para a legislação produzir os efeitos a que se propõe

Se a Administração realmente só fizesse o que está previsto na lei, imaginando-se aqui a lei perfeita de inspiração no Iluminismo do século XVIII,¹⁴ não haveria necessidade nem espaço para se consultar quem quer que seja.

Se, dado um problema a ser resolvido ou um pleito a ser respondido, bastasse consultar o mar de compêndios legislativos vigentes em um determinado território, provavelmente não haveria espaço para que o cidadão pudesse contribuir para a tomada de decisão estatal.

Para o gestor, bastaria a lei, quando muito o regulamento (teoricamente editado exclusivamente para a fiel execução da lei),¹⁵ para o exercício do seu mister de encontrar qual o interesse público a ser tutelado em concreto.¹⁶

Ao particular caberia votar periodicamente para eleger quem teria atribuição de fazer as leis. Feitas as leis, caberia ao servidor aplicá-las e ao indivíduo obedecê-las.

¹³ NINO, Santiago. *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. Cidade do México: Universidad Nacional de Mexico, 1989. p. 85 e ss.

¹⁴ E não aquela que é aprovada por seres humanos de carne e osso, com suas limitações de antevisão quanto aos desafios que se colocarão no futuro, seus preconceitos, paixões e interesses, como normalmente ocorre nos trabalhos legislativos. Sobre o ponto, ver MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois*. Paris: Gallimard, 1748/1995. I. p. 87 e ss. (Livro I, Capítulo I); ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social*. Paris: Flammarion, 1762/2001. p. 53 e ss. (Livro I, Capítulo IV), p. 71 e ss. (Livro II, Capítulo IV), p. 76 e ss. (Livro II, Capítulo VI), p. 79 e ss. (Livro II, Capítulo VII); DALLARI, Dalmo de Abreu. *A constituição na vida dos povos: da Idade Média ao século XXI*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 106 e ss.

¹⁵ Sem “força normativa primária”, aptidão para criar direitos e obrigações para além do quanto previsto no texto legal, conforme repetido em consagradas lições que são repassadas ano após ano para nossos acadêmicos de Direito quando o tema lhes é apresentado. Ilustrando o entendimento clássico sobre o tema entre nós, ver MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 283 e ss. Para uma visão crítica a respeito, ver CYRINO, André. *Delegações legislativas, regulamentos e administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 161 e ss.

¹⁶ Para uma defesa da construção do interesse público em concreto através do sopesamento dos diversos interesses públicos e privados em disputa em um determinado processo deliberatório estatal, e não apenas a partir da leitura da legislação em abstrato, ver MARQUES NETO, Floriano de A. O fim da bipolaridade no direito administrativo: In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (coord.). *Contratos públicos e direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 353-415. p. 403 e ss.

Ocorre, contudo, que a realidade teima em ter vida própria, muito mais rica da descrição que lhe é feita pelos nossos livros de doutrina¹⁷ e pelos textos normativos produzidos pelo legislador.

Logo, à vista de necessidades não antevistas pelo legislador, que pode até ter disciplinado uma matéria, mas não previsto que a regra estabelecida teria resultados contrários à sua *ratio* em dadas circunstâncias, ou simplesmente desproporcionais, urge que decisões sejam adotadas a partir de outros parâmetros que a lei parlamentar.¹⁸

Além disso, a linguagem em que vertida a lei pode conter ambiguidades,¹⁹ ser integrada por conceitos jurídicos indeterminados ou ainda conferir expressamente poder para a autoridade deliberar em um caso concreto conforme critérios de conveniência e oportunidade (a chamada discricionariedade), todas hipóteses a reclamar a prudência humana para viabilizar a decisão estatal adequada.

Se tanto não bastasse, apesar do enorme esforço doutrinário empreendido entre os séculos XIX e início do século XX para reduzir o fenômeno jurídico ao legal,²⁰ o Direito a reger a vida em coletivo possui diversas fontes, dentre as quais a lei é apenas uma delas (ainda que em condições de primazia – *vide* art. 5, II da CR),²¹ um ponto de partida para a construção da norma justa em concreto,²² o que reclama sua leitura sob o filtro de valores (princípios) reconhecidos pela ordem constitucional.

Como se vê, a tarefa de “aplicação” da lei pelo servidor público exige discernimento, bom senso, escolhas justificadas e justificáveis, que desse modo em

¹⁷ Sobre o descolamento do pensamento jurídico em relação às necessidades do mundo concreto em que o Direito é vivido pelas pessoas e aplicado pelas autoridades, ver WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft: Recht*, Band I/22-3. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1921/2014. p. 144; NIETO, Alejandro. *Crítica de la razón jurídica*. Madrid: Ed. Trotta, 2007. p. 26 e ss.; CASSESE, Sabino; TORCHIA, Luisa. *Diritto amministrativo: una conversazione*. Bologna: Il Mulino, 2014. p. 16-19.

¹⁸ Importante lembrar que Hans Kelsen destacava que a aplicação da lei geral para o caso concreto implicava não só um ato de conhecimento como também de vontade (*Reine Rechtslehre*. 2. ed. Wien: Verl. Österreich, 1960/2000. p. 346 e ss.).

¹⁹ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução: A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 139 e ss.

²⁰ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *O direito, entre o futuro e o passado*. São Paulo: Noeses, 2014. p. 6; CARBONNIER, Jean. *Droit et passion du droit: sous la V République*. Paris: Flammarion, 1996. p. 11 e ss.; LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p. 47 e ss.; ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Traducción: Marina Gascón. 10. ed. Madrid: Trotta, 2011. p. 96.

²¹ Constituição da República, art. 5º: “II – “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 abr. 2022).

²² SICHES, Luis Recaséns. *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica “razonable”*. México: Fondo de Cultura Económica, 1971. p. 437 e ss., p. 517 e ss.; LARENZ, Karl. *Metodología da ciência do direito*. Tradução: José Lamego. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2019. p. 183 e ss.

nada se assemelha à figura de um ser autômato pintada em lições acadêmicas,²³ cujas funções pudessem se resumir a operações matemáticas na “execução” de deliberações já feitas pelo Parlamento.

Para além desses fatores a desafiar a expectativa de a lei poder conter todas as respostas que o agente público precisa para o desempenho dos seus afazeres diários, outra questão que se coloca para a concretização da legislação é que esta, mesmo quando bem elaborada, frequentemente não se basta para produzir alterações desejadas para a realidade.

Ao mesmo tempo em que a Administração deve organizar um aparato burocrático capaz de fazer cumprir a lei em caso de resistência por parte de seus destinatários, caso a adesão voluntária a seus termos não seja a regra para parcela relevante da população, o texto normativo provavelmente estará fadado a virar letra morta, não alcançando os fins a que se propõe.

Isso é o que revela a experiência em diversos setores em que o legislador decidiu disciplinar à margem das carências coletivas e da real capacidade de o Estado evitar/punir eficazmente comportamentos dissonantes.²⁴

Se um certo consenso social é indispensável para que a lei seja efetiva nas políticas públicas que veicula, no micro a voluntariedade do cidadão pode não ser menos importante para que os bens jurídicos tutelados pela legislação sejam resguardados.

Quando se imputa a alguém um ilícito, é inescapável que a aplicação da sanção prevista em lei ao infrator e, quando possível, a restituição da realidade ao *statu quo ante*, pressupõe o decurso de um devido processo,²⁵ o que demanda tempo e

²³ CASSESE, Sabino; TORCHIA, Luisa. *Diritto amministrativo: una conversazione*. Bologna: Il Mulino, 2014. p. 19.

²⁴ Um dos principais exemplos que costumamos citar a respeito é o da ambiciosa legislação de proteção de áreas de mananciais na Região Metropolitana de São Paulo, que, de tão protetiva, acabou reduzindo o interesse de seus proprietários em explorá-las economicamente. Tal dado, aliado à enorme pressão de pessoas carentes por moradia e à incapacidade institucional de o Poder Público fazer cumprir a lei em seu território, acabou por produzir um cenário de ocupação completamente desordenada dessas áreas, em franco prejuízo ao meio ambiente e à própria dignidade de milhares pessoas que vivem nesses locais, em condições não raramente insalubres. Sobre o ponto, ver POLLACHI, Amauri; ZIONI, Silvana Maria. Perspectivas para o planejamento regional dos mananciais na Região Metropolitana de São Paulo. *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, n. 51, p. 93-108, set./out. 2019. Destacamos passagem em que os autores tratam do planejamento estabelecido para a região nos anos 1970: “[...] ao passo do rigoroso disciplinamento legal imposto para as áreas de mananciais, o aparato burocrático e o comando político não controlavam, isto é, não demonstravam capacidade para controlar os processos econômicos e sociais presentes na metrópole paulista no sentido de evitar a escalada da degradação ambiental de seus mananciais nas décadas subsequentes. Configura-se a legislação de mananciais como subproduto de um plano diretor, absolutamente inserida na crença de comando e controle da época e que não responde às questões sociais” (p. 99).

²⁵ Art. 5º da Constituição: “LV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2020].

recursos materiais e humanos por parte da engrenagem estatal, postergando para algum momento do futuro a realização do Direito.

Logo, seja no macro, seja no micro, a eficiência na realização de pautas de interesse público pode estar diretamente atrelada à predisposição de a Administração persegui-las por meio de um agir preferencialmente dialogado e concertado com o particular.

3 Consensualidade na Administração

Seja em decorrência de uma exigência prática (a eficiência administrativa depende em maior ou menor grau da legitimidade do atuar estatal, o que pressupõe a oitiva dos administrados no respectivo processo de tomada de decisão), seja por um progressivo novo consenso teórico quanto ao papel a ser desempenhado pelo indivíduo em um governo democrático (no qual sua participação nos afazeres públicos não se resume ao depositar periódico de seu voto nas urnas),²⁶ ganhou espaço no Direito Administrativo a ideia de consensualidade no exercício do Poder.²⁷

Dentre os autores que tratam do tema, o termo ‘consensualidade’ normalmente não é usado apenas para designar o agir público que redunde em um acordo com o privado, embora tal desfecho possa ser considerado como o mais consentâneo com o que é preconizado pelo referido paradigma de conduta pública.

Para além dessa ideia, a palavra ‘consensualidade’ também vem sendo empregada para descrever um comportamento do gestor que seja pautado pelo diálogo com os destinatários das suas escolhas, embora aquele nunca perca a prerrogativa do agir unilateral sempre que a via concertada não logre o êxito esperado.²⁸

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 abr. 2022).

²⁶ RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. *Derecho administrativo y derechos fundamentales sociales*. Sevilla: Global Law Press; INAP, 2015. p. 590 e s.

²⁷ Para uma contextualização sobre o tratamento do tema entre nós, que passou a merecer estudos com maior profundidade no início do século XXI, ver MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3 ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 352 e ss.

²⁸ Sobre o tema da consensualidade no agir administrativo, ver BATISTA JR., Onofre Alves. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 255 e ss.; CHEVALLIER, Jacques. *L'état post-moderne*. 3. ed. Paris: LGDJ, 2008. p. 137 e ss.; PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 99 e ss.; BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 180 e ss.; GREGO-SANTOS, Bruno. *Transação extrajudicial na administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 68 e ss.

3.1 Indivíduo no centro das preocupações dos gestores

Resta saber como as razões pragmática e de filosofia política mencionadas para o avanço de um atuar administrativo mais dialógico compatibilizam-se com a razão jurídica predominante, de culto ao Direito formal, ou seja, àquele aprovado pelo Legislador, como principal (se não única) fonte de obrigações para a Administração.

A compatibilização, para muitos, passaria pela necessidade de o Parlamento aprovar uma lei que autorizasse expressamente o Poder Público a celebrar acordos com o particular.

Assim, nos últimos anos, surgiram várias leis em nosso sistema prevendo tal competência,²⁹ a culminar com a inserção do art. 26 na Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro,³⁰ que, segundo parte da doutrina, enfim, corresponderia ao dispositivo que faltava para que o gestor pudesse cumprir suas tarefas não só pela via do agir unilateral como também do contrato.³¹

Ainda que a matéria tenha sido objeto de acesas controvérsias,³² a nosso ver não havia necessidade de lei expressa a outorgar ao servidor a faculdade de contratar/acordar.

Partindo do pressuposto de que a função deste não é a de realizar irrefletidamente o ordenamento jurídico visto como um fim em si mesmo, mas sim de perseguir pautas de interesse geral, gerando utilidades para as pessoas, em harmonia com

²⁹ Parte dessa trajetória é descrita por NIEBUHR, Karlin O. O alcance do art. 26 da LINDB In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.). *Lei de introdução às normas do direito brasileiro*: anotada. São Paulo: Quartier Latin, 2019. v. II. p. 344-349. p. 345-346.

³⁰ Art. 26 da LINDB: "Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. §1º O compromisso referido no caput deste artigo: I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; II - (VETADO); III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento" (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (BRASIL. *Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 22 abr. 2022).

³¹ Entendendo que o art. 26 da LINDB tem aplicação geral por estar inserida em lei que "disciplina e coordena a aplicabilidade e a interpretação das normas na totalidade do ordenamento jurídico brasileiro", é a posição de NIEBUHR, Karlin O. *O alcance do art. 26 da LINDB*. Op. cit. p. 347. Já no sentido de que tal dispositivo não inova em formas que já podiam ser adotadas pelo gestor diligente, ver LIBÓRIO, Daniela C. Art. 26 da LINDB – comentário geral. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.). *Lei de introdução às normas do direito brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. v. II. p. 321-325. p. 321-322. Para outra parte dos estudiosos do Direito, contudo, ainda haveria necessidade de aprovação de mais leis a respeito, quiçá em diplomas que versem sobre processo administrativo, sendo que o inconveniente dessa via reside justamente na competência que cada uma das esferas de governo tem para legislar sobre o ponto, atribuição especialmente desafiadora para Municípios de pequeno porte.

³² CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da. Legalidade e consensualidade: a administração precisa de lei para fazer acordos? *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, p. 9-18, mar./ago. 2015.

as regras vigentes,³³ o fundamento jurídico para a consensualidade administrativa estaria não propriamente na lei, mas no cidadão.³⁴

Se entendermos o Estado, bem como o Direito que rege seu funcionamento, como um instrumento a serviço do indivíduo,³⁵ e não o contrário, a atuação dos servidores, segundo tal compreensão acerca da legitimidade do exercício do Poder, deve ter por foco primeiro seus efeitos na realidade, sua utilidade para a vida daqueles que contribuem para a manutenção da máquina pública.

De acordo com essa perspectiva, caso o decisor estatal identifique claramente nas circunstâncias que lhe são apresentadas que a celebração de acordo com o particular atenderá ao interesse público de modo mais eficiente do que a via unilateral que tem à disposição, então a alternativa de ação concertada é a que deverá ser adotada.

3.2 Agir dialogado e contratualizado – vantagens e riscos

Ainda que não se concorde com nossas ponderações acerca da possibilidade de realização de acordos pela Administração sem autorização legislativa expressa, hoje o cardápio de diplomas que contam algum tipo de previsão a respeito em nosso país é variado.

Logo, o gestor, se entender que a via consensual para solução de um impasse em concreto é a que melhor satisfaz o interesse público,³⁶ não encontrará dificuldades em identificar no nosso Direito Positivo fundamento para assim proceder.

O cenário atual, francamente favorável a um incremento do emprego de módulos convencionais no exercício da função administrativa,³⁷ traz, contudo, novos desafios.

³³ O que poderíamos chamar de um conteúdo mínimo para o princípio da legalidade a reger a atuação da Administração em termos análogos ao que pondera Fernando Dias Menezes de Almeida (Atos administrativos normativos: algumas questões. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor R. (coord.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012a. p. 219-236. p. 222).

³⁴ Para visões doutrinárias que passam a enfatizar o cidadão ou, então, a realização de direitos fundamentais, como aspecto central do Direito Administrativo, ver RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. *Derecho administrativo y derechos fundamentales sociales*. Sevilha: Global Law Press; INAP, 2015. p. 590 e ss.; MARQUES NETO, Flávio de A. O fim da bipolaridade no direito administrativo: *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (coord.). *Contratos públicos e direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 353-415. p. 382 e ss.; BINENBOJIM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação*: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 37 e ss.

³⁵ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. (tiragem de edição de 2002). São Paulo: Saraiva, 2016. p. 583.

³⁶ Odete Medauar, rebatendo os argumentos contrários à adoção de soluções consensuais no âmbito da Administração, de forma bastante pertinente assevera: “[...] pode-se dizer, em síntese, que o interesse público, em inúmeras situações, se cumpre de modo mais eficiente, ágil, sem questionamentos, mediante a obtenção de consenso, a celebração de acordos. E ainda: as práticas consensuais geram, nos cidadãos, a sensação de confiabilidade, credibilidade e boa-fé na Administração e levam à adesão às medidas projetadas” (*O direito administrativo em evolução*. 3 ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 355).

³⁷ A tendência nos parece inexorável à vista dos efeitos positivos que os acordos vêm produzindo na realidade, do que é ilustrativo as quantias fabulosas que vêm sendo recuperadas pela Justiça Criminal após a introdução de ferramentas como as delações premiadas e os acordos de leniência em nosso sistema.

Se, por um lado, perseguir pautas coletivas mediante acordo tende a reduzir a resistência dos atores privados aos programas que orientam a ação estatal,³⁸ consumindo menos recursos do erário na instituição/manutenção de aparatos de repressão a condutas desconformes, por outro, a estratégia normalmente acarreta algum grau de incerteza quanto ao comportamento socialmente tolerado, impondo a adoção de cautelas para que não haja uso indevido do instituto (em especial no que concerne à possibilidade de tratamento discriminatório entre pessoas que estejam em situações equivalentes).³⁹

O diálogo com o administrado no iter de construção de políticas públicas, como é intuitivo, concorre para que essas sejam desenhadas de modo equilibrado, sopesando-se os prós e contras das medidas restritivas imaginadas pelo gestor,⁴⁰ o que, aliado ao dever de motivação a seu encargo, contribui para o aperfeiçoamento da ação governamental.

Nada obstante, se há regra clara inadmitindo uma certa conduta, ao se aceitar a substituição de um procedimento sancionador por um ajuste com o infrator duas ordens de preocupação se colocam: 1) Tal desfecho implica mais vantagens do que prejuízos para a Administração?; 2) outros indivíduos que tenham se portado do mesmo modo do que aderiu à solução concertada também terão direito ao mesmo benefício?

4 Controle da Administração: da lei ao processo

Para que se responda adequadamente a essas questões, o único caminho que nos parece promissor é o do fortalecimento do papel do *processo* na tomada de decisões estatais.⁴¹

³⁸ “Os acordos não são capazes de garantir, sempre, a solução mais eficiente ou a correção da decisão, mas, tendencialmente, a solução concertada apresenta a vantagem de favorecer a paz jurídica, a diferença do ato administrativo” (BATISTA JR., Onofre Alves. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 546).

³⁹ BATISTA JR., Onofre Alves. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 546 e ss.; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Como a teoria do ato administrativo pode ser aproveitada na prática da consensualidade? *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor R. (coord.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 237-261. p. 257; GREGO-SANTOS, Bruno. *Transação extrajudicial na administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 165 e ss., p. 230-231.

⁴⁰ Ponderação que é própria de reflexão que tenha por foco a necessidade de enfrentamento de um problema concreto (VIEHWEG, Theodor. *Topica e giurisprudenza*. A cura di: Giuliano Crifò. Giuffrè: Milano, 1962. p. 31-32), como é a natureza das questões que são colocadas diariamente na mesa de nossos gestores públicos e respectivos órgãos de controle (administrativo e judicial).

⁴¹ BATISTA JR., Onofre Alves. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

A interação público-privada, que, ademais, é mesmo inevitável em diversos setores da vida econômica, deve ter por espaço privilegiado o *procedimento formalizado*,⁴² em que as pretensões e contribuições dos particulares possivelmente afetados por uma escolha a cargo da Administração fiquem registradas, sendo objeto de ponderação e acolhimento/rejeição motivada por parte da autoridade.⁴³

Se é natural que o gestor recorra a alguma criatividade para oferecer resposta a um problema que não encontre resposta unívoca na lei, o controle para que a discricionariedade legítima/necessária não redunde em arbítrio passa pela verificação dos elementos que se colocam para o decisor estatal no momento da escolha a ser feita.

De forma análoga, mesmo para situações em que a lei estabeleça vedações claras de comportamento (exemplos: não lesar bem ambiental, não ocupar área pública ou não iniciar atividade sem prévia licença administrativa), caso os contornos fáticos enfrentados pelo servidor revelem que a decisão concertada é a que melhor atenderá aos bens jurídicos em jogo em sua deliberação, para que se possa assegurar que o acordo está sendo usado em prol da coletividade (e não exclusivamente e de modo despropositado em favor de pessoas com contatos privilegiados no âmbito de uma dada repartição), deve-se analisar qual foi o cenário que justificou a eleição da via contratual para superação de um quadro conflitivo.

Em qualquer das hipóteses os órgãos de controle encarregados da missão de atestar a juridicidade da atuação governamental deverão cobrar do fiscalizado o expediente no bojo do qual foi realizada a respectiva instrução,⁴⁴ que culminou na celebração do pacto com o particular com certas condicionantes, desfecho que foi tido como mais satisfatório para o interesse público do que a sua persecução pela via imperativa pelos motivos X, Y e Z.

A decisão concertada sob exame, resultante de um devido processo e suficientemente motivada, vale dizer, não pode ser tida como um ato que gere efeitos apenas *inter partes*.

p. 549 e ss.; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Como a teoria do ato administrativo pode ser aproveitada na prática da consensualidade? *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor R. (coord.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 237-261. p. 257; GREGO-SANTOS, Bruno. *Transação extrajudicial na administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 42 e ss..

⁴² SCHIEFLER, Gustavo H. C. *Diálogos público-privados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 77.

⁴³ A motivação da decisão deve ser contextualizada a partir dos elementos apresentados ao decisor público, conforme orientações gerais vigentes à época, como bem exposto por SOUZA, Rodrigo Pagani de; ALENCAR, Letícia Lins de. O dever de contextualização na interpretação e aplicação do direito público. *In*: VALIATI, Thiago P.; HUNGARO, Luis A.; CASTELLA, Gabriel M. e (coord.). *Lei de introdução e o direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 51-72.

⁴⁴ PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade legislativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 236 e ss.

Ela deve ser publicada,⁴⁵ passando a compor um repositório público de decisões administrativas, cada qual formando um precedente,⁴⁶ que sob a perspectiva interna deve ser tido em consideração pelo decisor público face novas circunstâncias semelhantes que reclamem sua intervenção (dever de coerência), e que sob a externa sinaliza aos particulares a posição da Administração sobre determinado tema, gerando neles ao menos uma expectativa de tratamento isonômico tendo por parâmetro os termos do ajuste realizado anteriormente.

Para tanto, inclusive, pode ser oportuna a edição de regulamento⁴⁷ por parte do órgão público respectivo com a disciplina das balizas a serem observadas por este na propositura de ajustes no desempenho de suas atribuições, isso levando em conta a especificidade da área em que atua, um diagnóstico dos principais problemas enfrentados e o estabelecimento de metas para as quais a atuação estatal dialógica pode ser tida como uma ferramenta mais eficiente do que a tradicional prerrogativa do agir unilateral.

5 Conclusão

Neste estudo, nos debruçamos sobre o tema da consensualidade administrativa, sua compatibilidade com o princípio da legalidade, discorrendo ainda acerca das vantagens e riscos que o ideal de um agir estatal mais dialogado e concertado com o cidadão podem acarretar para o exercício republicano da função pública.

Defendendo que o Direito Positivo vigente em nosso país acabou por superar os debates sobre a necessidade de autorização legal para que servidores pudessem se valer de acordos para encerrar disputas com particulares, enfatizamos a importância desse instrumento sob a perspectiva de uma Administração que se pautela

⁴⁵ BATISTA JR., Onofre Alves. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária*, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 549 e ss.; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Como a teoria do ato administrativo pode ser aproveitada na prática da consensualidade? In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor R. (coord.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 237-261. p. 257.

⁴⁶ Sobre o papel do precedente como fonte de vinculação para a função administrativa, ver: HACHEM, Daniel Wunder. Vinculación de la administración pública a los precedentes administrativos y judiciales: mecanismos de tutela igualitaria de los derechos sociales. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fé (Argentina), v. 2, n. 1, p. 39-70, ene./jun. 2015. p. 43 e ss.; LUVIZOTTO, Juliana Cristina. *Precedentes administrativos & a vinculação da atividade administrativa*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 77 e ss.

⁴⁷ Art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657/1942: "As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão" (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (BRASIL. *Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 22 abr. 2022).

eficiência e tenha por foco primeiro seu papel na garantia da realização dos direitos fundamentais dos indivíduos.

Em seguida, destacamos algumas condicionantes para que o manejo da transação por parte dos nossos gestores possa estar a serviço do interesse público, não implicando, por outro lado, discriminação indevida entre pessoas que estejam em situação análoga perante o Estado.

Quanto a tal aspecto, reconhecendo que o acordo, ao potencialmente estabelecer uma exceção particular ao quanto previsto em uma regra geral e abstrata veiculada em lei, pode trazer algum nível de insegurança no que se refere à conduta esperada/tolerada do cidadão em determinadas circunstâncias, pontuamos que tal efeito negativo pode ser contrabalanceado pela sua realização no bojo de um devido processo, a redundar em uma decisão suficientemente motivada e que sirva de precedente para postulações futuras com objeto similar.

Referências

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Atos administrativos normativos: algumas questões. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor R. (coord.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012a. p. 219-236.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012b.

ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica: pensamento formal e argumentação: elementos para o discurso jurídico*. Bauru: Edipro, 2000.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

BATISTA JR., Onofre Alves. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CARBONNIER, Jean. *Droit et passion du droit: sous la V République*. Paris: Flammarion, 1996.

CASSESE, Sabino. *Le basi del diritto amministrativo*. 5. ed. Milano: Garzanti, 1989/1998.

CASSESE, Sabino; TORCHIA, Luisa. *Diritto amministrativo: una conversazione*. Bologna: Il Mulino, 2014.

CHEVALLIER, Jacques. *L'état post-moderne*. 3. ed. Paris: LGDJ, 2008.

CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da. Legalidade e consensualidade: a administração precisa de lei para fazer acordos? *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, p. 9-18, mar./ago. 2015.

CYRINO, André. *Delegações legislativas, regulamentos e administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *A constituição na vida dos povos: da Idade Média ao século XXI*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 7. ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *O direito, entre o futuro e o passado*. São Paulo: Noeses, 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel G. Poder judiciário na constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 198, p. 1-17, out./dez. 1994.

GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1993. v. 1.

GREGO-SANTOS, Bruno. *Transação extrajudicial na administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

HACHEM, Daniel Wunder. Vinculación de la administración pública a los precedentes administrativos y judiciales: mecanismos de tutela igualitaria de los derechos sociales. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fé (Argentina), v. 2, n. 1, p. 39-70, ene./jun. 2015.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução: A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2. ed. Wien: Verl. Österreich, 1960/2000.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução: José Lamego. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2019.

LIBÓRIO, Daniela C. Art. 26 da LINDB – comentário geral. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.). *Lei de introdução às normas do direito brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. v. II. p. 321-325.

LUVIZOTTO, Juliana Cristina. *Precedentes administrativos & a vinculação da atividade administrativa*. Curitiba: Juruá, 2017.

MARQUES NETO, Floriano de A. O fim da bipolaridade no direito administrativo: In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (coord.). *Contratos públicos e direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 353-415.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3 ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MEGNA, Bruno Lopes. O 'compromisso' para prevenir ou regular a compensação a irregularidades: um 'negócio jurídico administrativo – processual'. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.). *Lei de introdução às normas do direito brasileiro: anotada*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. v. II. p. 380-388.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1983.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois*. Paris: Gallimard, 1748/1995. I.

NIEBUHR, Karlin O. O alcance do art. 26 da LINDB *In*: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.). *Lei de introdução às normas do direito brasileiro*: anotada. São Paulo: Quartier Latin, 2019. v. II. p. 344-349.

NIETO, Alejandro. *Crítica de la razón jurídica*. Madrid: Ed. Trotta, 2007.

NINO, Santiago. *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. Cidade do México: Universidad Nacional de Mexico, 1989.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2007.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Como a teoria do ato administrativo pode ser aproveitada na prática da consensualidade? *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor R. (coord.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 237-261.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.

PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade legislativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

POLLACHI, Amauri; ZIONI, Silvana Maria. Perspectivas para o planejamento regional dos mananciais na Região Metropolitana de São Paulo. *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, n. 51, p. 93-108, set./out. 2019.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do “desvio de poder” em direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 6, p. 41-78, 1946 (1 parte).

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. (tiragem de edição de 2002). São Paulo: Saraiva, 2016.

RODRIGUES, Dirceu. *Brocardos jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1941.

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. *Derecho administrativo y derechos fundamentales sociales*. Sevilha: Global Law Press; INAP, 2015.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social*. Paris: Flammarion, 1762/2001.

RUBINSTEIN, Flávio. *Boa-fé objetiva no direito financeiro e tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SCHIEFLER, Gustavo H. C. *Diálogos público-privados*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2018.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Repensando a pertinência dos atributos do ato administrativo. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor R. (coord.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 115-144.

SICHES, Luis Recaséns. *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica “razonable”*. México: Fondo de Cultura Económica, 1971.

SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito de a administração pública anular seus próprios atos administrativos. O prazo

decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da união (lei nº 9.784/1999). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 237, p. 271-315, jul./set. 2004.

SOUZA, Rodrigo Pagani de; ALENCAR, Letícia Lins de. O dever de contextualização na interpretação e aplicação do direito público. *In: VALIATI, Thiago P.; HUNGARO, Luis A.; CASTELLA, Gabriel M. e (coord.). Lei de introdução e o direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 51-72.

VIEHWEG, Theodor. *Topica e giurisprudenza*. A cura di: Giuliano Crifò. Giuffrè: Milano, 1962.

WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft: Recht*, Band I/22-3. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1921/2014.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Traducción: Marina Gascón. 10. ed. Madrid: Trotta, 2011.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. O caminho do acordo: um ensaio sobre os desafios da procedimentalização adequada do agir consensual da Administração Pública. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 22, n. 88, p. 159-175, abr./jun. 2022. DOI: 10.21056/aec.v22i88.1612.
